

# 论法院对规范性文件的附带审查

何海波\*

---

**内容提要** 2014年《行政诉讼法》修改,法院对规范性文件的“一并审查”写入法律,但实施中成效不彰,理解上多有分歧。文章论证,一并审查不是一种独立的诉讼类型,而只是法院为正确审理行政案件所做的附带审查。法院对被诉行政行为所依据的行政规范性文件,应当予以“主动、全面、审慎、适度”的审查。具体地说,法院有义务依职权主动审查,以确定相关规范性文件在该案中能否适用,不必以原告申请为前提;审查对象包括被诉行政行为实际依据的规范性文件的相关条款,不管它是否被行政决定书援引;为审慎起见,法院可以考虑提级审理、审委会审理等方式,给予文件制定机关、检察机关、社会组织和专家参与诉讼的机会;对规范性文件合法性审查的标准应当严守职权法定原则,程序问题宜于适用“严重违法”标准,实体裁量可以适用“明显不当”标准。

**关键词** 行政诉讼法 规范性文件 附带审查 一并审查 合法性审查

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2021.03.008

## 引言

在当今法治中国建设中,“规范性文件治国”现象值得认真对待。形形色色的规范性文件如汪洋大海,法律、法规、规章等正式立法只是大海中散落的小岛。在规范性文件里头,数量最大、种类最繁、与人民生活最密切的,是行政机关制定的法规、规章以外的规范性文件(以下简称“规范性文件”)。很多重要的制度,从“房屋限购”“失信惩戒”“环保约谈”到城市居民最低生活保障,都是由规范性文件首先创建的;不少公众非议的做法,也是规范性文件要求的。由于缺乏有效监督,规范性文件在实效上几乎无异于法律,一些执法人员甚至“只知有文件、不知有法律”。全面推进依法治国必须落实对规范性文件的监督,而法院监督无疑是其中的重要一环。

迄今为止,中国法院无权受理和裁判针对规范性文件提起的诉讼,但在审查具体行

---

\* 清华大学法学院教授。本文初稿在2019年5月浙江大学公法与比较法研究所举办的“行政规范性文件附带审查中美研讨会”上作过报告,修改稿于2019年12月在苏州大学王健法学院作过讨论,后于2020年7月通过在线平台“公法新作坊”得到多位评议人的批评指正。作者感谢与会专家学者对相关问题的探讨和评议人对本人文章的批评。

政行为的合法性时,可以对该行政行为所依据的规范性文件进行附带审查,并决定是否在该案中予以适用。2014年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)修改,法院对规范性文件的审查写入法律。虽然它没有实质性地改变相关法律规范,但带来的冲击是巨大的。法院有权并应当审查这一点更加明确了,当事人、法官和领导对问题更重视了,在诉讼中提出审查的请求明显增加了。这给中国法院带来了机会,但也让法院面临巨大压力。处理得好,它将提升司法权威、增强司法公信;处理不好,行政审判可能更受挫折,更加消沉。

多个实证研究揭示,规范性文件附带审查的成效不佳。在《行政诉讼法》修改前,王庆廷曾对上海部分法官做过调查:在不考虑其他因素的情况下,如果当事人没有异议,近一半的法官表示“不会审查”;即使自己感觉规范性文件有问题,亦有五分之一的法官表示“不会主动审查”。<sup>①</sup>新修改的《行政诉讼法》实施后,据最高人民法院统计,从2016年1月到2018年10月,全国一审行政案件共65万余件,其中规范性文件附带审查约为3880件,约占全部案件的0.6%。<sup>②</sup>与学界感知的规范性文件争议数量相比,这个比例明显偏低。王春业教授统计了2015年5月至2018年年底907个涉及规范性文件一并审查的案件,发现只有21个案件(2.3%)涉及的规范性文件被认定为违法,却有大量的规范性文件未进入审查,其中12%案件涉及的规范性文件因为原告没有在开庭之前提出而不予审查,有20%案件涉及的文件被认为不属于规范性文件而不予审查,有37%被认为没有关联性而不予审查。<sup>③</sup>其他学者的研究也印证了这个结论,即法院在大量案件中竭力回避对规范性文件的审查,或者对有明显瑕疵的规范性文件也予认可。<sup>④</sup>《行政诉讼法》修改几乎没有改变法院对规范性文件审查的消极态度。

法院的消极态度可以从多方面解释,就实定法层面而言,法律规定不够清晰无疑是一个重要原因。《行政诉讼法》(2014年修正)规定:公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查(第53条);法院认为规范性文件不合法的,不把它作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议(第64条)。那么,原告没有提出请求,法院能否主动审查?行政决定书没有援引的规范性文件,法院要不要审查?规范性文件明显不当

① 参见王庆廷:《隐形的“法律”——行政诉讼中其他规范性文件的异化及其矫正》,载《现代法学》2011年第2期,第83页。

② 参见《行政诉讼附带审查规范性文件典型案例》,载《人民法院报》2018年10月31日,第3版。

③ 参见王春业:《论规范性文件一并审查制度的实践偏离与校正——以907个案例为研究样本》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2021年第1期,第82-84页。

④ 参见余军、张文:《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》,载《法学研究》2016年第2期,第45-46页(2000年至2015年间,最高人民法院公布的76个行政诉讼案件中仅有14个涉及行政规范性文件审查);程琥等:《新行政诉讼法疑难问题解析与实务指引》,中国法制出版社2019年版,第294-302页(提出请求和启动审查比例“双低”);秦新举:《基于裁判的统一:规范性文件一并审查的系统架构——以1367份裁判文书为分析样本》,载《行政执法与行政审判》(总第74集),中国法制出版社2019年版,第92-93页(在1367份涉及规范性文件一并审查的裁判文书中,法院予以审查的只有6.4%,不予适用的1.2%);卢超:《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》,载《比较法研究》2020年第3期,注释③(在651个申请审查案件中,法院予以审查的仅16%,认为存在瑕疵的不到2%)。

的,法院能否不予适用?对于这些问题,《行政诉讼法》不但没有给出明确答案,某些措辞甚至可能增添了误解。

自新《行政诉讼法》颁行后,学术界对规范性文件的审查已有不少讨论。<sup>⑤</sup>但现有讨论中,经验研究多于规范研究,已有的经验研究没有转化为对规范的完善;在规范研究中,论题相对集中于审查范围、审查标准等,而对于规范性文件审查中的一些急迫问题,如法院能否主动审查,欠缺正面回应。另外,由于讨论者的立场和出发点的局限,一些观点拘泥于现有司法解释和实际做法,缺乏根本性的反思。

目前,有关规范性文件附带审查的司法解释正在制定过程中,一些制度还有获得澄清和续造的空间。在此背景下,本文试图在法律适用的层面上,对规范性文件的附带审查做一个全局性的讨论。其中主要涉及四个方面,即规范性文件审查的定位、审查范围、审查方式和审查标准。笔者主张,从贯彻解决纠纷、保护权利和监督行政的立法宗旨出发,法院对与行政行为合法性审查相关的规范性文件的相关条款,应当予以主动、全面、审慎、适度的审查,排除不合法规范性文件的适用。

## 一、法院有主动审查的职责

法院对行政审判涉及的规范性文件是否有主动审查的权力和职责,并非不言自明的。不但法院经常以当事人没有申请或者没有及时申请为由拒绝审查,一些学界同行也认为笔者所主张的原告没有申请法院也应审查的观点“过于激进”。

造成理解上巨大差异的原因在于《行政诉讼法》的表述方式。依据该法第53条,公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的规范性文件不合法,“在对行政行为提起诉讼时”,可以一并请求对该规范性文件进行审查。许多人据此认为,原告申请是法院审查的前提,而且,原告申请应有时间限制。行政诉讼法司法解释把原告申请的时间稍稍放宽,即原则上“应当在第一审开庭审理前提出”、有正当理由的也可以在法庭调查中提出<sup>⑥</sup>,但仍然没有跳出法院依申请审查的框框。法学界对相关问题的讨论,基本也是在这个前提下进行的。<sup>⑦</sup>

<sup>⑤</sup> 对相关问题的讨论和梳理,参见周汉华:《规范性文件在〈行政诉讼法〉修改中的定位》,载《法学》2014年第8期;程琥:《新〈行政诉讼法〉中规范性文件附带审查制度研究》,载《法律适用》2015年第7期;黄学贤:《行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期;李成:《行政规范性文件附带审查进路的司法建构》,载《法学家》2018年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号,以下简称2018年《行政诉讼法解释》),第146条。

<sup>⑦</sup> 参见前注<sup>⑤</sup>,程琥文,第91页(当事人在第一审庭审结束后、宣判后上诉时或者二审期间提出,一律不予受理);马得华:《我国行政诉讼规范性文件附带审查的模式与效力难题》,载《政治与法律》2017年第8期,第78页(规范性文件附带审查是一种依申请的审查);梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第402-403页(法院“一般不能依职权一并审查”)。

《行政诉讼法》的规定引发了新的问题：法院审查规范性文件到底是什么性质？规范性文件审查与被诉行政行为审查是什么关系？如果法院不等原告申请就可依职权主动审查，《行政诉讼法》为什么规定原告“可以一并请求”？

### （一）“一并审查”只是附带审查

无论是放在比较法的视野中，还是放在中国行政诉讼的实践中，法院对规范性文件的审查都不是新奇之物。新奇的是《行政诉讼法》所规定的审查方式，以及它所引发的疑问：规范性文件合法性审查到底是一种独立的诉讼类型，抑或只是行政行为合法性审查的附带审查？如果把规范性文件审查当成一种独立的诉讼类型，司法实践中“不告不审”的做法就是合理的。而笔者认为，法院对规范性文件“一并审查”只是附带审查，不构成一种独立的诉讼类型。

首先，立法机关无意创设一种单独的规范性文件审查之诉。在《行政诉讼法》修改过程中，许多学者建议把规范性文件纳入行政诉讼的受案范围，并由法院审查后作出判决。<sup>⑧</sup>这一方案没有被接受。立法者不想把规范性文件直接纳入行政诉讼的受案范围，由法院来决定规范性文件的存废。由此，修改后的《行政诉讼法》规定的受案范围仍然限于具体行政行为（尽管名称上改成“行政行为”），规范性文件不可诉的条款没有任何改动。

其次，在程序上，对规范性文件的审查依附于对具体行政行为的审查。依附性体现在以下几个方面：第一，没有对具体行政行为提起诉讼，法院就无从审查相应的规范性文件；法院不予受理或者驳回原告起诉，对相关规范性文件的审查不再进行（除非与受理条件有关）；一旦原告在诉讼过程中撤诉，法院对相关规范性文件的审查一般即告终止。<sup>⑨</sup>第二，原告针对规范性文件提出审查申请，法院无需单独立案，其处理方式也有别于一般的诉讼请求。<sup>⑩</sup>法院的审查结果不构成判决主文，只能在判决理由说明里加以论述。法院遗漏审查规范性文件的合法性，也不像遗漏诉讼请求，一定会导致撤销原判、发回重审

<sup>⑧</sup> 参见马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善：〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》，中国政法大学出版社2004年版，第120-126页（排除国务院法规和决定）；江必新主编：《中国行政诉讼制度的完善：行政诉讼法修改问题实务研究》，法律出版社2005年版，第43-53页（限于规章及规章以下的规范性文件）；杨小君：《行政诉讼问题研究与制度改革》，中国人民公安大学出版社2007年版，第26-41页（排除行政法规和规章）；何海波等：《理想的〈行政诉讼法〉：〈中华人民共和国行政诉讼法〉学者建议稿》，载《行政法学研究》2014年第2期，第11条（排除国务院文件和规章）。法律审议过程中的意见，可以参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《行政诉讼法立法背景与观点全集》，法律出版社2015年版。

<sup>⑨</sup> 参见宋某诉北京市丰台区人民政府履行法定职责案，最高人民法院（2016）最高法行申1677号行政裁定书（对规范性文件一并审查的前提是本诉成立）。

<sup>⑩</sup> 有一些文献把原告请求对规范性文件一并审查视为原告的一项诉讼请求。参见前注<sup>⑤</sup>，程琥文，第90页（规范性文件附带审查是一个诉讼请求，而不是一个诉讼案件）；2018年《行政诉讼法解释》，第68条第1款第7项（《行政诉讼法》起诉条件中“有具体的诉讼请求”包括对规范性文件一并审查的请求）。这一观点可以再商榷。

的后果<sup>⑪</sup>。第三,当事人只能对判决结果提起上诉、申诉,不能单独就规范性文件的审查结果提起上诉、申诉。即使下级法院对规范性文件的审查存在错误,如果不影响对被诉行政行为的处理结果,二审或者再审也无须改判。<sup>⑫</sup>

再次,在功能上,法院对规范性文件合法性审查只是被诉行政行为合法性审查的延伸。立法者认识到,规范性文件是许多行政行为的依据,也是许多行政违法的源头。要从根本上减少违法行政行为,必须从源头开始治理,赋予法院对规范性文件一定的审查权和处理权。<sup>⑬</sup>对于违法的规范性文件,法院的处理权包括两个方面:一是在个案中不予适用,二是转送有关机关处理。前者是被诉行政行为合法性审查题中应有之义,后者则是法院顺便而为。在整个规范性文件合法性监督体系中,法院审查和转送的作用在于发现违法、促请纠正。它是在原有的行政行为合法性审查程序上附加的一个“小程序”,并不改变原有行政行为合法性审查程序的性质。

最后,在立法机关、法院和学者的各种文献中,“一并审查”与“附带审查”也是混用的<sup>⑭</sup>，“附带审查”的使用频率甚至更高。这一事实印证,我国法院对规范性文件的审查属于“附带审查”,是得到广泛认同的。

## (二) 法院有审查的权力和职责

法院对规范性文件的审查是应原告申请进行,“不申不理”,还是依职权主动进行,“不申也理”?笔者认为,凡是与被诉行政行为合法性审查有关的规范性文件(具体范围下节讨论),法院都应依职权主动审查。以当事人没有提出或者没有及时提出审查请求为由,拒绝对规范性文件进行审查,不符合立法精神和时代潮流,也不符合我国行政诉讼的实际情况和诉讼规律。

首先,法院对规范性文件主动审查是《行政诉讼法》立法精神的体现。行政诉讼应当公正解决行政争议,充分保护公民权益,有效监督依法行政,维护法律的正确实施。为此目的,法院必须对被诉行政行为的合法性作出正确判断,而对被诉行政行为合法性的判断离不开对其所依据的规范性文件的正确适用。中国法院在行政诉讼中实行全面审查,对行政行为合法性的判断不局限于当事人提出的论辩主张。因此对规范性文件的审查,不取决于原告是否提出申请。原告提出审查申请,法院自然应当认真对待;即便原告没有提出或者没有及时提出,法院也应当进行审查,否则,立法精神不能得到实现。

其次,法院对被诉行政行为相关的规范性文件进行合法性审查,也是法律和司法解

<sup>⑪</sup> 依据司法解释,原审判决遗漏了诉讼请求的,二审法院应当裁定撤销原判、发回重审。参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》,法释〔2000〕8号,第71条第1款;2018年《行政诉讼法解释》,第109条第3款。

<sup>⑫</sup> 参见前注⑦,梁风云书,第413页。

<sup>⑬</sup> 参见信春鹰:《关于〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,2013年12月23日在第十二届全国人大常委会第六次会议上,“二、关于对规范性文件的附带审查”;信春鹰主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第172-173页;前注⑧,全国人大常委会法制工作委员会行政法室编书,第287-290页。

<sup>⑭</sup> 除了本文引用的多篇学术论文,还可参见前注⑬信春鹰所作说明中的“二、关于对规范性文件的附带审查”。

释的既定规则。依据法律,被告行政机关应当在答辩时提交行政行为所依据的规范性文件。最高人民法院司法解释规定,法院可以在行政裁判文书中引用“合法有效”的规范性文件。<sup>⑮</sup> 确认合法,必先审查。如果法院没有审查而导致规范性文件合法性认定错误,该判决在二审乃至再审仍然可能被撤销。<sup>⑯</sup> 可见,对被诉行政行为所依据的规范性文件进行审查,是法院的权力所在,也是法院的职责所系。当事人没有申请或者没有及时申请,不是免除错判责任的理由。

再次,从历史看,原先法律没有明文规定规范性文件附带审查,法院也在依职权主动审查。最高人民法院2000年的司法解释就包含着审查的要求<sup>⑰</sup>,实务中也不乏审查的案例<sup>⑱</sup>。在学术界看来,这更是理所应当。<sup>⑲</sup>《行政诉讼法》修改时加入一并审查条款,目的是“改进”,而不是“改退”。如果因为原告没有申请或者没有及时申请,法院就不予审查,这不是进步而是退步。

最后,限制当事人提出审查的期限也不符合中国行政诉讼的实际情况和诉讼规律,不利于实际操作。中国的行政诉讼基本上是公民个人的诉讼,而且往往缺乏律师代理。<sup>⑳</sup> 对于起诉时就应当提出规范性文件的审查申请,许多原告完全没有意识,很容易耽误申请的时机。即使放宽一些,要求原告在一审开庭审理前或者法庭调查中提出,到法庭辩论中就不能提了,这仍然不便操作。法庭调查主要是对案件事实问题的调查,行政行为据以作出的规范性文件有无是个事实问题,适合在法庭调查阶段提出;而规范性文件的合法性是个法律问题,主要是在法庭辩论环节展开的。实践中,一些规范性文件是在法院开庭审理之后、甚至一审判决之后获得或者制作的,在法庭调查阶段还不知情或者不存在,当事人客观上也无从申请审查。所以,法律鼓励原告尽早提出附带审查的请求,但不应限制原告提出附带审查请求的时间。在起诉时提出附带审查的请求,不是当事人的义务;裁判时正确适用法律,始终是法院的职责。

<sup>⑮</sup> 参见2018年《行政诉讼法解释》,第100条第2款。

<sup>⑯</sup> 依据2018年《行政诉讼法解释》第151条的规定,“规范性文件合法性认定错误”属于法院启动再审的法定情形。

<sup>⑰</sup> 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕8号)第62条规定,人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用“合法有效”的规范性文件。相关规定的演变,参见前注⑤,黄学贤文。

<sup>⑱</sup> 仅举两例:韦正能诉泸州市公安局江阳区分局治安行政处罚案,四川省泸州市中级人民法院(2005)泸行终150号行政判决书(《公安部关于对同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》关于“卖淫嫖娼”的界定);陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案,载《最高人民法院公报》2014年第8期,第40-42页(江宁区法院不予适用司法部、建设部1991年联合下发的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》关于继承房产的登记必须有遗嘱公证的规定)。

<sup>⑲</sup> 仅举几篇较早的文章。冯玉庭:《行政诉讼能否参照规范性文件之我见》,载《法律科学》1991年第4期;湛中乐:《论行政法规、行政规章以外的其他规范性文件》,载《中国法学》1992年第2期,第113页(法院对作出被诉具体行政行为所依据的各种规范性文件是否合法进行鉴别、评价和判断);高若敏:《谈行政规章以下行政规范性文件的效力》,载《法学研究》1993年第3期;朱新力:《论法院对规章以下的行政规范性文件的审查权》,载《法学杂志》1993年第5期。

<sup>⑳</sup> 有学者通过对2009—2010两年间部分案件的调查表明,一审行政案件中,公民作为原告的占80%;原告委托有律师的,仅占47%。参见黄启辉:《行政诉讼一审审判状况研究:基于对40家法院2767份裁判文书的统计分析》,载《清华法学》2013年第4期,第77页。

### （三）《行政诉讼法》为何如此规定

如果没有原告申请,法院也应当对规范性文件的合法性进行审查,那么,《行政诉讼法》为什么要规定原告可以申请法院审查,甚至规定原告申请审查的具体时间?综合各种资料来看,这是立法时不经意留下的“法律织物上的褶皱”。对此,我们需要从行政诉讼制度的宗旨出发,准确把握相关条文的意涵,而不是拘泥于其字面含义。

《行政诉讼法》关于原告申请规范性文件附带审查和法院转送的规定,沿袭自《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)。1999年的《行政复议法》规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的行政规定不合法,“在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请”(第7条);行政复议机关对该规定无权处理的,应当在7日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理(第26条)。《行政诉讼法》的规定不但文字与之相仿,在最初的草案中,连位置都相同(置于受案范围一章中)。

如果说《行政复议法》的规定解决了一个大问题,《行政诉讼法》的规定却制造了一个大问题。在行政复议中,复议机关经常涉及上级机关和本级机关制定的规范性文件。一般情况下,复议机关应当遵循上级机关和本级机关的规范性文件,而不应质疑其合法性。申请人不提出、复议机关不审查,合乎情理,也是常规做法。所以,《行政复议法》为规范性文件的附带审查设置一个启动程序,很有必要。然而,在行政诉讼中,法院本来就不受行政规范性文件的拘束;法院为正确适用法律,本来就有必要审查规范性文件的合法性;法律不写原告可以申请法院审查规范性文件,原告本来就有权申请。法律写上原告可以申请,以及“在对行政行为提起诉讼时”申请,反而带来了理解上的困扰:既然法律规定原告申请审查的期限,怎么能够不顾期限呢?

对上述问题的简单回答是:对规范性文件的附带审查主要是为解决行政行为的合法性服务的,并从根本上服务于行政诉讼解决纠纷、保护权利和监督行政的宗旨。对《行政诉讼法》相关条文的理解,也应当符合这个目标和宗旨。这一点前面已经阐述,下面回答三个衍生的问题。

一是,法律规定原告申请法院对规范性文件进行附带审查,意义在哪里?当事人申请附带审查,主要作用在于提示法院该案存在的规范性文件适用问题,并敦请法院进行审查。对于当事人依法提出的申请,法院不能置之不理,而有义务在法庭审理中提供质证机会,并在裁判文书的说理中予以回应。在实践中,因为当事人的申请,法院也会更加重视,更加认真对待。可见,《行政诉讼法》这一规定仍有它的价值。

二是,“在对行政行为提起诉讼时”应当作何理解?法律规定的意义在于促请原告尽可能早地提出审查申请,以便于法院开展审查,也便于被告和文件制定机关有针对性地答辩。一个理性的当事人,如果知道规范性文件的存在,也会将他的异议尽早提出。但如果当事人事后知道,包括在被告答辩后、开庭审理时乃至二审、再审期间知道,他仍然可以在合理的时间内提出。可以佐证的是,全国人大法工委编写的《行政诉讼法》释

义只强调有权申请审查的主体,从未强调当事人申请审查的期限;相关释义更没有说,原告未申请,法院就无须审查甚至无权审查。<sup>①</sup>据此,“在对行政行为提起诉讼时”,应当理解为原告“在诉讼过程中”的合理时间内都可以提出。

三是,如果申请一并审查没有期限限制,如何防止原告“突然袭击”,增加被告答辩难度,拖延法院审理期限?这是从事实务的人关心的问题,也是司法解释起草过程中曾有的顾虑。<sup>②</sup>事实上,原告申请一并审查规范性文件的合法性既不是独立的诉讼类型,严格来讲也不是独立的诉讼请求,只是诉讼过程中一个论辩的理由。它跟原告提出其他论辩理由并请求法院考虑,本质上没有两样。法院本来就有义务审查相关规范性文件的合法性,无需因为原告申请一并审查而专门安排答辩、开庭。所以,采纳本文观点不会过分妨碍法院审理。

综上所述,原告申请不是法院对规范性文件合法性进行审查的前提。法律规定原告申请法院审查规范性文件的合法性,是对原告诉权的强调,而不是对原告诉权的限制。原告没有提出一并审查的请求,法院就不予审查或者不能审查,这是对法律的错误理解。司法实践在此问题上的偏离,必须改正!

## 二、相关规范性文件应当全面审查

主张规范性文件“全面审查”,不是要对行政诉讼中涉及的所有规范性文件的所有条款进行审查,而是对与涉诉行政行为合法性有关的规范性文件的有关条款,进行全面审查。《行政诉讼法》(2014年修正)第53条规定,附带审查的对象为“行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件”,不含规章。这一规定看上去似乎很清楚,然而实践中,相当数量的规范性文件仅仅因为对其性质的理解问题没有进入法院的审查范围。这一事实提醒我们,“全面审查”的原则远远没有被普遍接受。

规范性文件附带审查的范围是一个实践性比较强的问题,需要在具体语境下做出甄别。一些讨论规范性文件审查范围的文章,包括较早主张“全面审查”的文章<sup>③</sup>,对审查范围的讨论也不全面。下面讨论与规范性文件审查范围有关的几个问题:一是行政规范性文件的范围如何界定,即什么样的文件属于规范性文件;二是规范性文件与涉诉行政行为的关联性,或者说哪些规范性文件属于被诉行政行为的“依据”,因而需要接受审查;三是法院对规范性文件合法性是否审查的选择空间。

### (一) 行政规范性文件的范围

一般理解,行政规范性文件是法律、法规、规章以外,行政机关制定的具有普遍约束

<sup>①</sup> 参见前注<sup>③</sup>,信春鹰主编书,第172-174页;袁杰主编:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第144-146页。

<sup>②</sup> 参见前注<sup>⑦</sup>,梁风云书,第43页。

<sup>③</sup> 参见黄学贤:《行政诉讼中行政规范性文件的审查范围探讨》,载《南京社会科学》2019年第5期。

力的文件。在最高人民法院司法解释中,它被定义为“针对不特定对象发布的能反复适用”的行政规范性文件。<sup>④</sup> 国务院文件给了一个冗长的定义,强调它是行政机关“依照法定权限、程序制定并公开发布,涉及公民、法人和其他组织权利义务,具有普遍约束力,在一定期限内反复适用的公文”。<sup>⑤</sup> 这些定义作为对规范性文件的初步认知,方便了日常交流。然而,一旦进入具体的法律适用场景,分歧还是难免的。这种情况下,分歧无法靠定义来解决,对其使用作出说明和论证属于论者的义务。

行政规范性文件概念包括以下几个方面:规范性文件的规范性;规范性文件适用对象的普遍性;规范性文件制定主体的行政性。需要事先说明的是,规范性文件的概念必须放在规范性文件附带审查的情境下理解,不能简单套用现有定义。

### 1. 规范性文件的规范性

规范性文件的形式多样,名目繁杂。除了《党政机关公文处理工作条例》所列的公文形式(如通知、批复、意见、纪要),其他公文也可能包含规范内容,例如实施方案、招聘简章、答复等等。有地方政府和部门对规范性文件的名称作了规定,但相互之间也不一致。例如,有的规定“批复”不得作为规范性文件名称,有的不加禁止。<sup>⑥</sup> 所以,通过文种、名称、格式或者行文对象来判断是否为规范性文件是相当困难的,简单地根据这些要素来判断也不一定合适。<sup>⑦</sup>

比较可行的办法,还是通过文件的实质内容和实际作用来判断。即,凡是具有权利义务内容,可以普遍适用,能够为行政执法提供根据、指导、说明的公文,都视为规范性文件。按照学界的通常理解,行政规范性文件可以分为行政创制性文件、行政解释性文件、行政指导性文件等类型。<sup>⑧</sup> 据此,行政机关有关法律适用问题的解释或者答复意见,虽然没有“创制”规范,但属于规范性文件;行政执法裁量基准,虽无绝对拘束力,也属于规范性文件。实践中,有法院认为国务院部门针对下级机关法律适用请示的答复意见不是规范性文件<sup>⑨</sup>,这不符合前述对规范性文件的认知。

<sup>④</sup> 参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕8号),第3条;2018年《行政诉讼法解释》,第2条第2款。

<sup>⑤</sup> 参见《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号),序言。

<sup>⑥</sup> 例如,《民政部规范性文件制定与审查办法》(2011年)规定,规范性文件名称可以使用“规定”“办法”“细则”“规则”“通知”“意见”等,但不得使用“条例”“批复”“报告”。而《商务部规范性文件制定和管理办法》(2018年)则规定,规范性文件的名称应当根据具体内容确定,一般使用“办法”“规定”“通知”“决定”“意见”“公告”等名称,但不得使用“法”“条例”。

<sup>⑦</sup> 参见黄金荣:《“规范性文件”的法律界定及其效力》,载《法学》2014年第7期,第10-12页;尹静:《论规范性文件的认定标准》,载《中国民政》2014年第12期,第48-49页。

<sup>⑧</sup> 参见叶必丰、刘道筠:《规范性文件的种类》,载《行政法学研究》2000年第2期,第44-48页(另加行政告知性文件);姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第12章“行政规范性文件”(该章为叶必丰所撰)。

<sup>⑨</sup> 参见梁山县拳铺镇郭堂村民委员会诉梁山县人民政府等复议上诉案,山东省高级人民法院(2016)鲁行终1429号行政判决书。案件所涉的《国土资源部办公厅关于土地登记发证后提出的争议能否按权属争议处理问题的复函》(国土资厅函〔2007〕60号)称,土地登记发证后提出的争议不属于土地权属争议,不适用《土地权属争议调查处理办法》。法院据此认为,被告不受理原告的土地权属争议申请不构成违法。

## 2. 规范性文件的普遍性

在司法解释中,规范性文件被定义为“针对不特定对象发布的能反复适用”的行政规范性文件。<sup>⑩</sup>在当时,这一定义扩大了行政诉讼受案范围,符合行政诉讼的立法精神。然而,在规范性文件附带审查的语境中,它带来了意想不到的新问题。

新问题主要是行政机关针对人数众多但对象特定的人所发的文件。例如,在王坤富诉内江市卫生和计划生育委员会案中,法院认为原告请求审查的《关于做好医师资格遗留问题有关工作的通知》虽然涉及全省范围较多人数,“但该文件系为解决医师资格历史遗留问题开展的一次性的医师资格认定补办和省医师资格考试工作”,属于一般处分,因而拒绝审查。<sup>⑪</sup>在邱林诉中山市城乡规划局案中,法院亦倾向于认为“控制性详细规划调整的是特定、具体的空间对象,进而在一定程度上对特定行政相对人产生影响”,因而不属于应当一并审查的规范性文件。<sup>⑫</sup>

上述观点之所以成为问题,源于司法解释和审判实践的差异。如果适用前面所说的定义,这两个规范性文件理论上都可以纳入行政诉讼受案范围,由法院予以直接审查和裁判。但现实是,原告很少以这些文件为对象提起诉讼,法院更少受理以这些文件为对象提起的诉讼。如果原告只针对行政机关就其本人所作的行政行为提起诉讼,法院再根据前述定义决定是否审查相关文件,这些文件就“两头不搭”,逸脱了审查。

为了杜绝这一漏洞,我们必须把规范性文件的含义放在具体情境下重新理解。行政机关针对特定人群发布的文件,只要构成被诉行政行为依据的,也视为有普遍约束力的文件,可以作为附带审查的对象。

## 3. 规范性文件的行政性

《行政诉讼法》把一并审查的规范性文件的制定主体规定为“国务院部门和地方人民政府及其部门”。由于法律、法规授予行使行政职权的组织被视为行政机关,这些组织制定的规范性文件也完全可能被视为行政规范性文件。目前,社会团体、高等学校和村民自治组织的章程、规定、公约,作为“行政规范性文件”都已不成问题。比较成问题的,是党组织发布或者党政联合发布的规范性文件。

党政联合发文是中国国家管理中的常见现象,法院能否审查一直是个难题。由于这几年机构改革“以党领政”“党政合署”的趋向,这个问题变得更加突出。<sup>⑬</sup>在此前的实

<sup>⑩</sup> 参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕8号),第3条;2018年《行政诉讼法解释》,第2条第2款。

<sup>⑪</sup> 参见四川省内江市中级人民法院(2016)川10行终39号行政判决书。

<sup>⑫</sup> 参见广东省中山市中级人民法院(2016)粤20行终254号行政判决书。

<sup>⑬</sup> 参见陈红太:《从党政关系的历史变迁看中国政治体制变革的阶段特征》,载《浙江学刊》2003年第6期;张长东:《党政关系现状分析》,载中国战略与管理研究会网站2014年2月26日, <http://www.cssm.org.cn/newsite/view.php?id=32866>, 2019年5月15日访问;郑永年:《十九大与“以党领政”体制的形成》,载《联合早报》2017年10月3日。转引自 <http://www.haozaobao.com/shiju/20171003/40373.html>, 2021年5月20日访问。

践中,有少数法院进行了大胆的审查。<sup>③④</sup>但多数情况下,法院对于这类文件的审查避之不及,唯恐惹事。在极端情况下,法院的自我防卫甚至扩大到党组织决定、以政府名义下发的文件。<sup>③⑤</sup>如果按照这种逻辑,今后但凡党组织发文或者党政联合发文的,法院都不能触碰。这将形成司法审查的巨大“黑洞”,严重妨碍行政诉讼制度功能的实现。<sup>③⑥</sup>

法院对党组织发布或者党政联合发布的规范性文件能否审查,不应一概而论,宜于根据其内容和性质作出区别。对于处理党内事务的文件,实行“党来管党”,法院不宜介入。但有一些党的机构依据法律、法规、规章行使行政管理职权,或者在没有法律、法规、规章依据的情况下涉足行政管理。前者例如,机构改革后国家新闻出版广电总局的电影管理职责划入中央宣传部,而原有的《电影产业促进法》《电影管理条例》等继续施行;后者例如,个别地方党委发文规定村集体留用地管理、征地拆迁补偿标准。这两种情况都已经超出通常所说的“党内法规”“党内规范性文件”的范围<sup>③⑦</sup>,可以视为行政规范性文件,法院应当有权审查。《行政诉讼法》相关条款可以解释为包含这一内容,眼下需要的是政治上的确认。

理论上,党内可以建立一套与人大、政府、法院审查机制并行的党内法规和规范性文件的审查机制,完全实行“党来管党”。但目前,党内法规和规范性文件的备案审查制度在中央层面比较完备,在地方层面还没有全面运作,对县市、乡镇党组织规范性文件的审查尤其薄弱。在此情况下,如果法院无权审理,公正审判难以保证,司法公信力也很难树立。而且,审查机制的建设需要制度配套和人员配备,是个不小的工程。多套审查机制并行,叠床架屋,也可能增加协调成本。如果法院在诉讼中每遇到党组织制定的规范性文件,都必须提请党内审查机制处理,诉讼效率会受到严重影响。所以,允许法院审查地方党组织制定的行政管理内容的规范性文件,是一种更合适的选择。

## (二) 规范性文件的关联性

一个案件可能牵扯多个规范性文件,法院对其合法性是否必须一一审查,而且从头至尾逐条审查呢?显然不必。法院的权威和精力都是有限的,审查的范围不得有所限制。对此,一些文献则用“关联性”来界定<sup>③⑧</sup>,立法的用语则是“行政行为所依据的规范

<sup>③④</sup> 仅举一例:根据中共广东省佛山市南海区委员会南发〔2008〕11号文件规定,非婚生育的子女不应具备农村集体经济组织成员资格。法院认为,该文件对当事人权益的限制超出了《广东省人口与计划生育条例》的规定,“在本案中不应适用”。据此,法院撤销被告依据该文件作出的行政处理决定。参见欧玉龙诉佛山市南海区狮山镇人民政府案,佛山市中级人民法院(2014)佛中法行终168号行政判决书。

<sup>③⑤</sup> 例如,常州市武进区人民政府《关于建立被征地农民基本生活保障制度的意见》(武发〔2006〕37号)规定,被征地的村民是否能享受基本生活社会保障须经农村集体经济组织成员半数以上或者成员代表2/3以上讨论通过。法院认为,该文件是由武进区委制发、政府印发,“不是武进区政府制定的对管辖区域具有普遍约束力的政府规范性文件”。参见王小琳诉常州市人民政府等复议案,江苏省常州市中级人民法院(2016)苏04行初78号行政判决书。

<sup>③⑥</sup> 多位学者表示了这样的担忧。参见章剑生:《论行政诉讼中规范性文件的合法性审查》,载《福建行政学院学报》2016年第3期,第11页;前注⑤,李成文,第64页。

<sup>③⑦</sup> 关于党内法规的范围,可参见宋功德:《党规之治》,法律出版社2015年版,第12、517-525页。

<sup>③⑧</sup> 在浙江大学公法与比较法研究所2019年5月24日举办的“行政规范性文件附带审查中美研讨会”上,一些学者以“合理联系”(刘飞)、“实质联系”(张旭勇)或者“最低限度的联系”(王锡铤),对关联性作了进一步阐述。

性文件”。这些讨论和规定给我们很好的启示,但还是没有能够精确地界定审查的范围。实践中,大约有三分之一的案件,法院以不是依据或者没有关联性为由拒绝审查。<sup>③</sup>这暗示,一些法官可能过分严苛地掌握审查范围。下面着重讨论几种容易引起争论的情形。

### 1. 作为“参考”的规范性文件

实践中,一些行政机关声称“参考”了行政执法指南等规范性文件,但强调没有把它作为“依据”,因此法院不应当审查。在刘兴修诉四川省汉源县公安局案中,原告因多次“非正常上访”被行政拘留,遂起诉并请求审查《关于依法处理违法上访行为的意见》(川公发〔2010〕126号)。诉讼中,公安机关将126号文提交法院,但强调该文“只是行政处罚的参考意见,不是办案法律依据”。法院接受了公安机关的意见,对该文件不予审查。<sup>④</sup>这一做法将导致大量指导性文件发挥实际作用却逸脱审查,是不妥的。

上述错误的原因在于,法院错误地解释“依据”一词。“依据”在《行政诉讼法》多次出现<sup>⑤</sup>,但含义不同,不能简单套用。如果按照以法律法规为“依据”、以规章为“参照”的含义来理解,所有的规范性文件都不能作为行政行为的依据。由此推论所有的规范性文件都不用审查,那是荒谬的。为此,应当放在规范性文件附带审查的情境中理解“依据”的含义。在此情境中,行政诉讼主要是关于行政行为合法性的论证,包括规范性文件在内的各种法律渊源都是合法性论证的材料。<sup>⑥</sup>据此,凡是与被诉行政行为具有合理联系,对论证被诉行政行为的合法性起到支持作用的规范性文件的相关条款,都属于其“依据”。当然,行政机关为方便当事人信访、投诉,仅仅将相关法律、法规条款做了汇编,并未添加任何新的内容,不属于需要审查的范围。<sup>⑦</sup>

### 2. 行政决定书没有援引的规范性文件

行政诉讼中涉及的规范性文件,制作、使用的时机和方式相当不同。《行政诉讼法》第53条规定,公民、法人或者其他组织“在对行政行为提起诉讼时”,可以一并请求对行政行为所依据的规范性文件进行审查。从字面来看,这一条针对的似乎只是事先制作并且通常在行政决定书中援引的规范性文件。但如果这样理解的话,规范性文件附带审查

<sup>③</sup> 参见王春业:《论行政规范性文件附带审查中“依据”的司法认定》,载《行政法学研究》2019年第3期,第52页(在670多个申请审查的样本中,法院以不是“依据”为由拒绝审查的达1/3左右);前注④,卢超文,注释③(在651个申请审查案件中,法院以没有关联性为由拒绝审查的多达205个)。

<sup>④</sup> 参见四川省雅安市中级人民法院(2016)川18行终19号行政判决书。

<sup>⑤</sup> 《行政诉讼法》(2014年修正)使用“依据”一词的场合有:行政案件的审理需“以民事诉讼的裁判为依据”的,中止诉讼(第61条);人民法院审理行政案件“以法律和行政法规、地方性法规为依据”,参照规章(第63条);规范性文件不合法的,“不作为认定行政行为合法的依据”(第64条);行政机关应当向法院提交作出行政行为的证据和“所依据的规范性文件”(第67条);行政行为“没有依据”的,属重大、明显违法情形,构成无效(第75条)。

<sup>⑥</sup> 对附带审查“依据”问题的辨析,参见前注③,王春业文;周乐军、周佑勇:《规范性文件作为行政行为“依据”的识别基准——以〈行政诉讼法〉第53条为中心》,载《江苏社会科学》2019年第4期。关于合法性论证的更多讨论,参见应松年、何海波:《我国行政法的渊源:反思与重述》,载浙江大学公法与比较法研究所编:《公法研究》(第2辑),商务印书馆2004年版;何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》(第2版),法律出版社2020年版,第178-201页。

<sup>⑦</sup> 参见张平分诉武汉市卫生和计划生育委员会案,湖北省武汉市江岸区人民法院(2016)鄂0102行初55号行政判决书。该案涉及《武汉市卫生计生委信访事项法定办理途径指引》,2015年11月印发。

的适用范围就过于局限。

实践中,有的规范性文件是被告行政行为作出后才制作的。比较常见的是主管部门在诉讼过程甚至二审、再审期间,针对案件特定问题作出的解释。例如,在引发全国首例行政诉讼的夏小松诉富阳县公安局案中,公安部于二审判决后作出了有利被告的批复,浙江省人民检察院凭此批复提出抗诉。<sup>④</sup>在甘露诉暨南大学案中,直到最高人民法院再审期间,教育部才就《普通高等学校学生管理规定》相关条款的含义发表意见。<sup>⑤</sup>诸如此类的规范性文件是原告起诉时所无法预知的,当然也是起诉时无法提请审查的。规范性文件原则上不能溯及既往,但不绝对,用事后解释论证之前行为的合法性常常是允许的。鉴于这些规范性文件是判断行政行为合法性的重要依据,法院在适用前必须审查其合法性。

有的规范性文件在行政行为作出时就存在,但在被告行政决定书中没有引用(或者行政行为压根儿就没有决定书),到诉讼过程中才提出来。实践中,多是被告在答辩期内把它作为合法性论据提交的。尽管行政机关适用规范性文件却不加引用的做法欠妥,但实践中,这种“隐形依据”是大量存在的,法院在诉讼中往往也予以接受。<sup>⑥</sup>中国行政诉讼法还没有确立这样的规则:行政决定中没有引用的规范性文件,一律不得作为认定该行政行为合法的依据。因此,如果被告在答辩时提交或者在法庭调查中提出与被诉行为相关的规范性文件,法院还是应当进行审查。当然,如果查明行政行为确实不是依据该规范性文件作出,该文件在本案中不予适用,法院无须进一步审查其合法性。

### 3. 规范性文件的相关条款

一旦启动审查程序,法院应当审查的是整部规范性文件,还是规范性文件的相关条款?对此,司法解释建议法院只对“作出行政行为所依据的条款以及相关条款”进行审查。<sup>⑦</sup>有学者则以《行政诉讼法》文字为据,主张法院对整部规范性文件展开“全面审查”。<sup>⑧</sup>本文认为,司法解释的规定符合规范性文件附带审查的性质,不违反本文主张的“全面审查”原则。

赞同法院只审查规范性文件的相关条款,有以下几个理由。首先,它符合行政诉讼的功能定位。法院不是规范性文件的备案审查机关,而只是附带审查机关。备案审查实行“有件必备、有备必审、有错必纠”的原则<sup>⑨</sup>;法院的附带审查首先服务于行政纠纷的

<sup>④</sup> 参见尹昌平:《全国首例行政诉讼案件所涉及的法律问题——兼述人民法院审理行政案件的法律依据》,载《法学》1992年第7期。

<sup>⑤</sup> 参见《“甘露诉暨南大学案”学术研讨会会议记录》,载湛中乐主编:《教育行政诉讼理论与实务研究》,中国法制出版社2013年版,第417页。

<sup>⑥</sup> 参见章剑生:《现代行政法总论》(第2版),法律出版社2019年版,第483页。

<sup>⑦</sup> 2018年《行政诉讼法解释》第148条第1款规定:“人民法院对规范性文件进行一并审查时,可以从规范性文件制定机关是否超越权限或者违反法定程序、作出行政行为所依据的条款以及相关条款等方面进行。”

<sup>⑧</sup> 参见前注<sup>③</sup>,黄学贤文,第102-104页。

<sup>⑨</sup> 参见《法规、司法解释备案审查工作办法》,2019年12月16日第十三届全国人民代表大会常务委员会第四十四次委员长会议通过,第4条。

解决,不能无边无际。从这一目的出发,法院只需审查与被诉行政行为合法性有关的条款,没有必要对整部规范性文件从头至尾审查。其次,法院只审查相关条款也是节省司法资源和节制司法权力的需要。法院精力有限,不宜在过多的事情上表态,尽量不做与案件审理不相干的事情。与具体案件没有关联的条款,双方没有辩论,法官也很难有成熟的意见,过分宽泛地审查是轻率和危险的。最后,法院只审查相关条款也是实践经验的总结。实践中,法院基本上只针对相关条款进行审查。<sup>⑩</sup>

对“相关条款”的理解不能苛刻。哪些条款与被诉行政行为有关,可以根据行政决定书、被告答辩、原告质辩等情况来确定。法院不宜把审查范围局限于某一方的说法,更不宜简单地以当事人指认的条款与被诉行政行为不相关为由,对整部规范性文件不予审查。在毛爱梅、祝洪兴诉浙江省江山市贺村镇人民政府行政强制案中,原告请求对江山市人民政府《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理的通知》(江政办发〔2014〕29号)进行附带审查。法院认为,原告指认的条款系生猪退养补助的政策,不是被告实施强制拆除行为的法律依据,故决定对该规范性文件不予审查。<sup>⑪</sup>判决书没有交代文件内容,但从文件名称来看,这个文件与被诉行为有密切关系;法院没有说明其他条款与本案的关联,只看一条、忽略全部,这一决定是否合适让人生疑。

### (三) 对规范性文件的选择性审查

就像在很多领域,司法审查充满裁量空间,法院对规范性文件的合法性是否进行审查也存在选择余地。选择余地来自两个方面,一是规范性文件因为合法性之外的原因不予适用,二是法院根据其他理由即可判断被诉行为违法。在这两种情况下,法院是可以审查、必须审查还是不得审查?笔者主张,在此情况下,应当鼓励法院积极审查,也允许法院策略性回避。

#### 1. 规范性文件因为其他原因而不予适用的

从根本上讲,法院对规范性文件的附带审查是为了确定该规范性文件在本案中的可适用性(applicability),即是否可以作为判断被诉行政行为合法性的依据。可适用性包括多个方面,规范性文件的合法性只是其中一个方面。其他方面还包括:所称的规范性文件是否存在,规范性文件与合法性审查是否相关,在被诉行为作出时规范性文件是否已经产生效力或者已经废止等。如果法院从其他方面足以排除某个规范性文件的适用,法院还应当对它的合法性进行审查吗?

规范性文件可能因为尚未生效或者已经失效,而不具有可适用性。规范性文件从什么时候开始生效,目前还没有明确规则。依照国办文件的定义,“规范性文件”都要求向社会公开发布,“不得以内部文件形式印发执行”,未经公布的行政规范性文件不得作

<sup>⑩</sup> 例如,安徽华源医药股份有限公司诉国家工商行政管理总局商标局等商标行政纠纷案,北京知识产权法院(2015)京知行初177号行政判决书。在该案中,应原告申请,北京市知识产权法院审判委员会就国家工商总局文件《关于申请注册新增零售或批发服务商标有关事项的通知》第4条关于过渡期的规定是否合法作了审查,但不涉及其他条款。

<sup>⑪</sup> 参见浙江省衢州市柯城区人民法院(2016)浙0802行初19号行政判决书。

为行政管理依据。<sup>③②</sup> 如果严格贯彻这一精神,未经公布的规范性文件法院可以直接决定不予适用,无需对其内容的合法性进行审查(但这一点能否做到,在目前还是一个疑问)。不管如何,一个在行政行为作出时已被明令废止的规范性文件不具有可适用性,法院在诉讼过程中可以不再对其合法性进行审查。

一个生效的规范性文件也可能因为与讨论的问题不相关,而不予适用。在冼锦光诉中山市海洋与渔业局等登记及行政赔偿上诉案中,被告错误地将《关于加强沿海摩托艇管理的通知》(粤府办〔1990〕76号)适用于渔业船舶登记,以对“摩托艇”的管理类比如“渔业船舶”的登记。<sup>③③</sup> 行政机关错误适用一个不相关的规范性文件作为行政行为的依据,法院自然应当排除该规范性文件的适用。至于是否继续对其合法性进行审查,可由法院裁量。有的裁判文书碰到这种情况,会说“本院对该规范性文件不予审查”。这种说法只有一半正确。其实,法院已经对该规范性文件的可适用性进行了审查,但因为决定不予适用,所以不再对其合法性进行审查。

实践中还有一种特殊情况,即规范性文件在诉讼过程中被废止。在前述冼锦光诉中山市海洋与渔业局等登记及行政赔偿上诉案中,被诉行政行为所依据的、沿用了25年的粤府办〔1990〕76号文件在诉讼期间被制定机关废止。法院以此为由,决定不再对该文件做附带审查。<sup>③④</sup> 虽然法院最终确认被诉行政行为违法,但不予审查的理由是不能成立的。因为被诉行政行为是以该规范性文件为依据作出的,对行政行为合法性的审查离不开对规范性文件的审查。

## 2. 根据其他要素足以对被诉行政行为作出合法性判断的

这包括两种情况,分别讨论。

第一种情况是,法院依据其他审查要素,认为行政决定合法的。在王映晖诉杭州市文化广电新闻出版局“非遗项目代表性传承人”评选案中,原告提出申请,但因没有获得推荐而落选。原告请求法院对被告制定的评选办法(特别是“每个项目推荐候选人不超过2名”的规定)进行附带审查。法院以被告在实际操作中没受评选办法限制为由,认为评选办法的相关条款没有对评选结果造成影响,因此不予审查;而基于评选机构的“专业判断”等理由,法院认可了被诉行政行为的合法性。<sup>③⑤</sup> 在该案中,法院不予审查,在逻辑上可能是成立的;但如果法院对该文件的合法性作了审查,也是无可非议的。行政裁判要有公信力,法院要对被诉行政行为合法性作出正确判断,就应当对实质上有联系的规范性文件作出审查。凡是一个规范性文件能够被用来支持被诉行为的合法性

<sup>③②</sup> 参见《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号)“(八)及时公开发布”。

<sup>③③</sup> 参见广东省中山市中级人民法院(2016)粤20行终39号行政判决书。该案中,因粤府办〔1990〕76号文已被粤办函〔2015〕470号《广东省人民政府办公厅关于废止粤府办〔1990〕76号文件的通知》废止,所以法院不再对76号文进行审查。

<sup>③④</sup> 参见广东省中山市中级人民法院(2016)粤20行终39号行政判决书。

<sup>③⑤</sup> 参见浙江省高级人民法院(2017)浙行申388号行政裁定书。

的,法院就应当对它作出审查。

第二种情况是,如果法院根据其他要素,足以认定被诉行政行为违法的。从原理上讲,法院对行政行为是否合法应当进行全面审查;被诉行政行为存在任何一种违法情形的,法院都应判决撤销或者确认其违法。但在实践中,有的法院发现了一种足以认定行政行为违法的情形,就不再讨论其他情形,从而回避对其他情形涉及的规范性文件进行审查。典型的是,发现程序违法,就不审查实体问题。这种做法只是法院的策略性行为,并不符合行政诉讼全面审查的原则。法院未能澄清相关的法律争议,很可能为今后的法律适用留下争议的隐患。相反,法院予以审查,是值得赞赏的。被最高人民法院作为典型案例公布的孙桂花诉原浙江省环境保护厅环保行政许可案,就提供了一个审查实例。在该案中,原告起诉要求撤销被告颁发的带有限行性质的机动车环保检验黄色标志,并申请审查环保部的规范性文件《机动车环保检验合格标志管理规定》。法院认为被告的决定并非依据《机动车环保检验合格标志管理规定》作出,判决确认被诉行政行为违法也是基于其他理由(违反正当程序原则)。尽管如此,法院对环保部文件的合法性进行了审查(包括向环保部发函了解情况),最终认定该文件合法。<sup>⑤</sup>总结上述审判经验,规范性文件的审查限于规范性文件与被诉行政行为合法性具有相关性的情形,但不限于不可回避的情形。

综上,无论规范性文件的名称、形式和制定机关,也无论其规范效力、制定时间和使用方式,凡是在行政诉讼中作为行政行为合法性的支持材料的,法院都应进行审查。在强调“全面依法治国”的今天,规范性文件审查和具体行政行为审查应当做到无缝衔接,避免形成司法审查的“黑洞”。尤其是考虑到现实中规范性文件审查步履艰难,在法律上应当给法院足够的空间,鼓励法官大胆审查,高度尊重法院的审查努力。在此意义上,全面审查原则可以浓缩为一个简单的信条:应当审查的,不能回避审查;可审查可不审查,也可以审查。

### 三、规范性文件的审慎程序

中国目前的行政诉讼程序是围绕具体行政行为的合法性审查建构起来的,诉讼参与人和管辖法院也都是根据被诉行政行为来确定的。规范性文件审查制度的引入使个案诉讼产生了溢出个案的效果,可能有利益相关的“案外人”希望参与讨论、表达意见。为此,有必要吸纳这些利益相关人参与诉讼程序,发挥个案诉讼公共讨论平台的作用。但在现实中,规范性文件司法审查的公信力不高,当事人和社会对于法院(尤其是基层法院)能否积极、公正、妥当地审查还有相当疑虑。为此,需要更加强调审查法院的权威

<sup>⑤</sup> 参见杭州市西湖区人民法院(2015)杭西行初291号行政判决书;《行政诉讼附带审查规范性文件典型案例》,载《人民法院报》2018年10月31日,第3版。

性和中立性,强调审查过程的审慎和考虑的周全。这两点事实预示,现有的诉讼程序可能需要相应调整,以保障规范性文件附带审查的落实。

在当前行政诉讼制度框架下,对上述问题的讨论可以分成三个方面:由哪个法院和什么样的审判组织来审查?规范性文件的制定机关如果不是案件被告,适合以什么方式参与诉讼?检察机关、其他组织和个人又如何表达意见?鉴于这个问题讨论较少,这里姑且提出尚不成熟的想法。

### (一) 审查法院与审判组织

现有的行政诉讼管辖制度完全没有考虑规范性文件的附带审查。2018年《行政诉讼法解释》第145条规定:“公民、法人或者其他组织在对行政行为提起诉讼时一并请求对所依据的规范性文件审查的,由行政行为案件管辖法院一并审查。”这一规定可能导致两个后果:一是有权审查规范性文件的法院层级偏低,甚至出现基层法院审理省级政府或者国务院部门的规范性文件的情况;二是有权审查规范性文件的法院过于分散,理论上可能出现一份文件在两千多家法院接受审查的局面。有权审查的法院过于分散,有可能会对同一规范性文件的合法性作出不一致的判断,妨碍法律的统一实施。法院层级偏低,难免力不从心,可能出现“审不了”的情况,当事人对法院能否公正审理更是没有信心。调研表明,如果发布规范性文件的行政机关级别高于法院,大多数法官审查起来会有顾虑;总的来说,行政机关级别越高,顾虑越大。<sup>⑤7</sup>实践中,有些法院甚至与当地行政机关联合发布文件或者形成默契,承认行政机关规范性文件的效力。<sup>⑤8</sup>这种情况下,当地法院的附带审查更是无法指望。为此,有必要考虑适当调整规范性文件审查的管辖法院。

但是,规范性文件附带审查的情形比较复杂,不宜“一刀切”地规定上提审级。行政诉讼中普遍涉及规范性文件的适用,如果都上提审级,基层法院将无案可审。有些规范性文件的适用不成疑问,没有必要上提审级;是否必要,也很难在立案时确定。从以往经验来看,有不少基层法院能够大胆审查,甚至决定不予适用;尤其是涉及政府部门的规范性文件,法院受到干扰并不明显。<sup>⑤9</sup>法院系统过去几年探索的异地管辖和跨行政区域管辖,也为规范性文件审查提供了更多选择。

权衡利弊,对于涉及规范性文件附带审查的审级问题,宜于做有弹性的规定。可以适用《行政诉讼法解释》第6、7条的规定,在“有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权”“需要由中级人民法院审理”时,允许当事人向中级法院起诉或者由受理案件的基层法院报请中级法院审理。当事人“越级起诉”或者基层法院上报之后,由中级法院

<sup>⑤7</sup> 参见前注①,王庆廷文,第83页。

<sup>⑤8</sup> 参见前注①,王庆廷文,第83页。

<sup>⑤9</sup> 例如,陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案,载《最高人民法院公报》2014年第8期,第40-42页(江宁区法院不予适用司法部、建设部1991年联合下发的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》关于继承房产的登记必须有遗嘱公证的规定);谢文彬诉广东省司法厅案,参见李桂茹、孔献之:《七旬律师被判可以执业〈律师法〉赢了司法部文件》,载《中国青年报》2003年6月4日,第7版(广州市白云区法院不予适用司法部1999年下发的《关于律师执业年龄问题的批复》对律师年龄的限制)。

裁量决定是否提级审理。案件涉及区县的规范性文件的,也可以依据《行政诉讼法》异地管辖的规定,由该区以外的基层法院审理。

鉴于有的规范性文件事关重大,在审判组织上也可以采取更加慎重的形式。法院认为必要时,可以组织大合议庭进行审查,也可以把相关问题交由专业法官会议讨论或者由审判委员会讨论决定。在这方面,北京知识产权法院作过可贵的探索。2015年9月,该院审判委员会全体7位委员共同开庭,对一起行政诉讼案件涉及的规范性文件(国家商标局的《关于申请注册新增零售或批发服务商标有关事项的通知》)进行审查,并随后单独就该问题作出认定。<sup>⑩</sup>这种做法值得借鉴。

## (二) 文件制定机关的诉讼地位

在以具体行政行为合法性审查为中心建构的诉讼程序中,规范性文件制定机关有时处境尴尬。尤其是当文件制定机关不是案件被告,而它所制定的规范性文件在该案中受到审查,文件制定机关能不能、应不应参与诉讼?以什么方式参与诉讼?

《行政诉讼法解释》第145条第1款规定:“人民法院在对规范性文件审查过程中,发现规范性文件可能不合法的,应当听取规范性文件制定机关的意见。”司法解释赋予文件制定机关以某种方式参与诉讼的权利,是必要的。实践中,规范性文件的制定机关往往层级较高,被诉的行政机关层级较低。下级机关不一定完全了解规范性文件的制定背景、过程和具体考虑,更不一定有能力充分阐述规范性文件的制定理由。法院对规范性文件的审查结论虽然在法律上只羁束本案,但会影响该文件今后的适用。在此意义上,文件制定机关类似于与行政案件处理结果有利害关系的第三人。虽然它不属于必须参加诉讼的当事人,但制定机关更早参与、直接参与有利于法院慎思明辨,也有利于法律秩序的稳定。

什么情况下,文件制定机关应当参与?实践中,制定机关主动“申请出庭陈述意见”的情况,估计极少会出现。法院“发现规范性文件可能不合法的”,才去听取制定机关的意见,倾向性又过于明显。在一些情况下,规范性文件因为其他原因不予适用,听取制定机关的意见就不一定必要;在一些情况下,听取文件制定机关意见可能过分拖延甚至妨碍案件的审理,不可取。因此,司法解释没有要求法院一律通知,也没有强制文件制定机关出庭。但是,法院有必要采取更加主动的姿态,听取文件制定机关的意见。实践中,也出现过法院发函征询文件制定机关意见并建议该机关派员到庭陈述意见的做法。<sup>⑪</sup>相关规定可以考虑改为:“人民法院在对规范性文件审查过程中,可以要求规范性文件制定机关就相关问题作出说明;人民法院认为有必要的,可以建议文件制定机关出庭陈述意见。经人民法院通知,文件制定机关未做说明或者未提供相关证明材料的,不妨碍人民法院

<sup>⑩</sup> 参见王逸吟、刘华东:《法院审判委员会变局》,载《光明日报》2015年9月28日,第10版。

<sup>⑪</sup> 参见董圣民诉济南市城市公共客运管理服务中心行政许可案,济南市中级人民法院(2019)鲁01行终350号行政判决书。文件制定机关济南市人民政府书面复函,并派员到庭陈述意见。但由于董圣民撤回上诉,二审法院终止了对规范性文件的审查。

对规范性文件进行审查。”

在允许文件制定机关参与的同时,也要保障行政相对人一方的诉讼权利。实践中法院听取文件制定机关意见主要采取书面方式,文件制定机关的意见有的不向当事人公开,不在判决书中说明,严重损害了原告一方的知情权和诉讼平等原则。应当明确一条规则:文件制定机关对规范性文件合法性的意见和相关证明材料,当事人有权知晓和质辩。

### (三) 其他组织和个人的参与

规范性文件涉及广泛的私人利益和公共利益。对规范性文件的附带审查,有必要吸收检察机关、社会组织和专家的参与。

第一,检察机关支持起诉。经过2017年的修改,《行政诉讼法》允许检察机关提起公益诉讼。在实施过程中,出现了检察机关就违法规范性文件提出检察建议的案例。<sup>⑥2</sup>总的来说,目前公益诉讼的范围较窄,实际成效还比较有限。<sup>⑥3</sup>作为国家法律监督机关,检察机关负有维护国家法律体系统一的重要职责。面对规范性文件的合法性争议,检察机关应当更有作为。提起诉讼或者参与到诉讼过程中,表明自己的法律意见,是检察机关行使职权的主要方式之一。在法律没有规定检察机关可以直接对规范性文件提起诉讼的情况下,可以参照《民事诉讼法》的相关规定,采取支持起诉的办法。<sup>⑥4</sup>检察机关发现行政诉讼涉及的规范性文件存在合法性争议,可以主动要求参与诉讼,法院也可以建议其参与诉讼。

第二,“法庭之友”的参与。与附带审查的规范性文件有关的社会组织和个人,可以以“法庭之友”的身份发表意见。“法庭之友”可以以书面方式向法庭提交意见,也可以经合议庭许可,在开庭审理时口头表达意见。“法庭之友”的意见应当公开,当事人有权知晓和质辩。裁判文书应当记载“法庭之友”提供意见的事实。

第三,专家的参与。与具体行政行为不同,规范性文件审查的政策性较强,而且往往涉及普遍性的事实。<sup>⑥5</sup>例如,研究生考试的复试题目,在考后能否公开?自行车后座搭载儿童,是否增大大事故发生率?不同类型的机动车对大气污染的实际影响有多大?这些问题都不是关于特定人的特定事实,而是关于自然和社会的一般事实。对这些问题的回答可以通过科学研究或者社会调查来实现,但由于社会科学研究的复杂性,这些数据的来

<sup>⑥2</sup> 参见《检察公益诉讼全面实施两周年典型案例》,载最高人民法院网站2019年10月10日, [https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/201910/t20191010\\_434047.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/201910/t20191010_434047.shtml), 2021年5月20日访问(湖南省常德市金泽置业有限公司等欠缴土地出让金公益诉讼案)。

<sup>⑥3</sup> 依据《行政诉讼法》(2017年修正)第25条第4款,检察机关提起公益诉讼的范围限于“生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为”。对检察公益诉讼实效的考察,参见覃慧:《检察机关提起行政公益诉讼的实证考察》,载《行政法学研究》2019年第3期。

<sup>⑥4</sup> 《民事诉讼法》(2017年修正)第55条规定:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。……前款规定的机关或者组织提起诉讼的,人民检察院可以支持起诉。”

<sup>⑥5</sup> 相关讨论,参见于立深:《行政立法性事实研究》,载《法商研究》2008年第6期。

源不见得完全可靠,对数据的解读也可能夹杂主观偏好。因此,对普遍性事实的审查往往需要专家的参与,对事实的认定有必要听取专家的意见。

#### 四、规范性文件审查的适度标准

规范性文件的合法性判断是司法实践中最大的挑战,也是学界讨论的重点。在新《行政诉讼法》施行后,最高人民法院司法解释明确了“规范性文件不合法”的认定标准。<sup>⑥6</sup>该认定标准以法律、法规、规章的规定为依据,体现了“有法必依、唯法是从”的形式法治逻辑。<sup>⑥7</sup>它没有提“明显不当”标准,完全忽视对规范性文件合理性的审查;而在法律、法规、规章的适用上,司法审查实践有时又过于刻板、严苛,走向了另一个极端。准确把握规范性文件的审查强度,仍然有许多问题需要探讨。

下面主要从实体法律依据、程序法律依据和行政裁量三个方面,讨论规范性文件的审查标准。本文强调,对规范性文件合法性的审查应当坚持实质合法,把握合理尺度。

##### (一) 超越职权或者违反上位法

依据《行政诉讼法解释》,规范性文件违反实体法律依据主要体现在几个方面:(1)超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的;(2)与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的;(3)没有法律、法规、规章依据,违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的;(4)其他违反法律、法规以及规章规定的情形。这几项内容都是以法律、法规、规章为依据,好处是比较容易把握。问题是,简单地以法律、法规、规章为审查依据,其结果并不必然具有正当性。

我国至今没有确立严格的职权法定原则,行政机关“自授权力”还是相当普遍的现象。行政机关可以凭一纸规范性文件,禁止放鞭炮、禁止土葬,要求实名购票、实名购物,建立各种“黑名单”制度等等。目前只有在行政处罚、行政许可、行政强制等少数领域,有法律明文规定规范性文件不得设定相关措施。略显尴尬的是,对规范性文件设定权的一般性限制,主要还是来自几个规范性文件。<sup>⑥8</sup>所以,为贯彻职权法定原则,规范性文件审查还需要引入其他法律渊源。

首先,司法解释所列的审查依据忽略了我们国家的最高法律——宪法。长期以来,

<sup>⑥6</sup> 2018年《行政诉讼法解释》第148条规定:“人民法院对规范性文件进行一并审查时,可以从规范性文件制定机关是否超越权限或者违反法定程序、作出行政行为所依据的条款以及相关条款等方面进行。有下列情形之一的,属于行政诉讼法第六十四条规定的‘规范性文件不合法’: (一)超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的;(二)与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的;(三)没有法律、法规、规章依据,违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的;(四)未履行法定批准程序、公开发布程序,严重违反法定程序的;(五)其他违反法律、法规以及规章规定的情形。”

<sup>⑥7</sup> 关于形式法治建构逻辑的分析,参见前注④,何海波书,第1章“形式法治的建构逻辑”。

<sup>⑥8</sup> 如,《国务院关于加强市县依法行政的决定》(国发〔2008〕17号),“严格规范性文件制定权限和发布程序”;《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号),“严禁越权发文”。

法院在诉讼案件中解释和适用宪法没有明确的依据。一些人担心,如果任何机构都可以解释宪法,可能导致法律适用的混乱。其实,问题的症结不在于谁援引了宪法,而在于援引宪法做什么。法院援引宪法宣布最高立法机关的法律无效,当然不符合我国人民代表大会制这一基本政治制度;法院以宪法为标准去判断规范性文件的合宪性,恰恰是对宪法的维护。宪法关于全国人大常委会解释宪法的条款,应当理解为它在宪法解释上的最高性,而不是排他性。法院对宪法的解释如果有问题,可以通过审判监督来纠正。

其次,司法解释所列的审查依据没有考虑法律原则。总的来说,贯彻职权法定原则,特别是其中的法律保留原则和法律优先原则,是当前规范性文件审查面临的一个急迫问题。但与之同时,也要适当考虑行政应急原则,在特殊紧急情况下给行政机关便宜处理的权力。2003年“非典”和2020年“新冠”两次重大疫情的应对,就是典型事例。2008年国际金融危机发生后,最高人民法院发布的一份文件也提出,“对于没有明确法律依据但并不与上位法和法律原则相抵触的应对举措,一般不应作出违法认定”<sup>⑥9</sup>。行政应急原则必须慎用罕用,但它提示我们,仅以制定法作为法律依据是有欠缺的。

最后,适用法律、法规、规章也需要考虑法律精神和社会效果。对于自身权威不足的法院来说,以法律、法规、规章为据去审查规范性文件是一个安全的做法。如果不考虑立法目的和社会影响,机械适用法律、法规、规章条文,可能达不到良好的效果。在前文曾经赞扬的安徽华源医药股份有限公司诉国家工商总局商标局案中,北京市知识产权法院审判委员会审查后认定,国家工商总局文件关于新增服务商标开始实施的一个月内提出的注册申请“视为同一天申请”,不符合《商标法》关于“同一天”的含义,因此不予适用。这一审查结果给商标评审带来了一阵混乱。该判决在北京市高级人民法院搁了两年,最后被撤销。<sup>⑦0</sup> 该案是司法改革的一个里程碑,在法律适用上却不能算成功案例。

## (二) 严重违法法定程序

中国对规范性文件的制定过程有相当全面的要求,包括立项、起草、调研、听取意见、合法性论证、审议决定、审查批准、公布、备案等。是不是违反这些要求制定的规范性文件一概无效呢?事实正相反。由于规范性文件涉及面广、利害关系复杂,法院非常谨慎,不愿因为一些程序瑕疵就令其失效。例如,交警部门在设置道路限速规定前未依法征求公众意见,法院认为,这属于程序瑕疵,不影响其效力。<sup>⑦1</sup> 类似的谨慎不单中国才有。美国《联邦行政程序法》要求创制性规则(substantive rule)的制定遵循通告评论程序,但

<sup>⑥9</sup> 最高人民法院《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》(法发〔2009〕38号)。

<sup>⑦0</sup> 参见郭京霞、司品华:《首例涉及对国家部委规范性文件合法性审查案件宣判 北京知产法院认定商标局相关文件规定不合法》,载《人民法院报》2015年12月9日,第3版;安徽华源医药股份有限公司诉国家工商行政管理总局商标局案,北京市高级人民法院(2016)京行终2345号行政判决书。

<sup>⑦1</sup> 参见班忠明诉贵州省贵定县公安局交通警察大队案,贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2017)黔27行终6号行政判决书。二审法院认为,该路段限速设置虽有程序瑕疵,但因在《黔南日报》进行公告而得到补救。

对解释性规则、政策声明等非正式规则的制定没有要求。<sup>⑫</sup> 英国素来重视程序正义,但对行政规章制定程序违法,法院提供救济也比较谨慎。<sup>⑬</sup>

从法院审查的角度来说,关于规范性文件制定程序的诸多要求,在效力上必须有所区分。一些关键的程序要求有强制效力,违反该程序要求制定的规范性文件法院不予适用;一些辅助的程序仅为指导性的,即使被违反了,法院仍然可以适用。什么是强制性的、什么是指导性的,不同国家有不同的判断。下面结合《行政诉讼法解释》所列的“严重违法制定程序”的两点规定进行探讨。

《行政诉讼法解释》认为,“未履行法定批准程序”属于“严重违法制定程序”,因而不适用。在多数情况下,规范性文件要求经过制定机关负责人批准乃至“集体审议决定”。行政机关的重大决策应当经过集体讨论决定是民主集中制的体现,有助于集思广益,防止恣意武断。多个中央文件对此作了明确要求。<sup>⑭</sup> 规范性文件的制定没有经过制定机关负责人批准或者集体讨论是一个严重瑕疵,可以被法院作为不予适用的理由。但这也给法院的审查带来了难题:如何证明规范性文件经过了制定机关负责人批准或者集体讨论? 由谁举证? 如何举证? 什么时候举证? 这些问题还有待进一步明确。

《行政诉讼法解释》认为,“未履行公开发布程序”也属于“严重违法制定程序”,因而不适用。在多数情况下,公开发布是规范性文件对外生效的一个重要条件。《中华人民共和国行政处罚法》和《中华人民共和国行政许可法》都规定,未经公布的文件不得作为实施行政处罚和许可的依据。国务院文件也要求,“未经公布的行政规范性文件不得作为行政管理依据”。<sup>⑮</sup> 在谢文彬诉广东省司法厅案中,双方争议的问题是:司法部《关于律师执业年龄问题的批复》(司复[1999]4号)关于律师“年满70岁不再注册”的规定是否有效? 对此,二审法院认为,“该《批复》是未向社会公布的文件”,故不能作为本案审理的依据。<sup>⑯</sup> 如果严格执行二审法院的观点,必将有助于落实规范性文件的公开制度,但也会遇到很多挑战。特别是行政裁量基准和以答复形式作出的解释性文件,目前公开程度严重不足。《中华人民共和国行政处罚法》(2021年修订)第34条要求:

<sup>⑫</sup> See 5 U.S.C. § 553(b)(A). 但是,如果行政机关实际上创制规则却没有使用通告评论程序制定的,该规则无效。See *Hocter v. United States Department of Agriculture*, 82 F.3d 165 (7th Cir. 1996).

<sup>⑬</sup> 在一个案件中,部长在制定住房福利规章时没有履行法定的咨询义务,但法院担心撤销该规章将引起混乱,因此没有判决撤销。韦伯斯特法官指出,除非有特殊情况,法院撤销行政规章比较少见。See *R. v. Secretary of State for Social Services, ex parte Association of Metropolitan Authorities* [1986] 1 Weekly Law Reports 1.

<sup>⑭</sup> 例如,《国务院关于加强法治政府建设的意见》(国发[2010]33号)提出:“制定对公民、法人或者其他组织的权利义务产生直接影响的规范性文件,要公开征求意见,由法制机构进行合法性审查,并经政府常务会议或者部门领导班子会议集体讨论决定;未经公开征求意见、合法性审查、集体讨论的,不得发布施行。”《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发[2018]37号)要求:“制定行政规范性文件要实行集体研究讨论制度,防止违法决策、专断决策、‘拍脑袋’决策。地方各级人民政府制定的行政规范性文件要经本级政府常务会议或者全体会议审议决定,政府部门制定的行政规范性文件要经本部门办公会议审议决定。”

<sup>⑮</sup> 参见《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发[2018]37号)(八)。

<sup>⑯</sup> 参见前注<sup>⑮</sup>,李桂茹、孔献文。

“行政处罚裁量基准应当向社会公布。”今后法院能否贯彻,尚待观察。

### (三) 明显不当的规范性文件

规范性文件明显不当的,法院可以不予适用,这一点在学界是有共识的。<sup>⑦</sup> 疑问主要是《行政诉讼法解释》造成的。《行政诉讼法解释》对规范性文件审查标准的规定是以法律、法规、规章为标准,没有涉及规范性文件明显不当的情形。这导致许多法官完全不敢触碰规范性文件的合理性问题。虽说司法应当谦抑,一般情况下不应对规范性文件的合理性指手画脚,但对于明显不当的“奇葩文件”,法院是不是也只能闭眼不管、硬去适用呢?基于以下理由,笔者认为不是的。

理由之一是《行政诉讼法》的立法宗旨。规范性文件审查为保护公民权利、监督行政权力、维护法律秩序而设。一些法律、法规内容非常笼统,给规范性文件制定机关留下了广阔无垠的裁量空间。如果法院一味迁就,显然无法实现上述宗旨。例如,主管部门规定浴池经营服务场所面积不得小于1000平方米,而原告的场所只有370平方米,不能取得营业执照<sup>⑧</sup>;双向六车道的城市道路限速40公里/小时,原告因车速62公里/小时而被罚款并记12分<sup>⑨</sup>;“新冠”疫情期间,因为口罩“购销差价额超15%”而被处罚<sup>⑩</sup>。此类规定的合理性非常可疑,如果法院因为它们不与法律、法规相抵触就不再过问,则令人遗憾。

理由之二是实质合法的理念。合法性与合理性是一组纠缠不休的概念,从实质合法的观点来看,明显不当也是违法。这一观念不但在学界具有广泛共识,也得到新《行政诉讼法》的确认。<sup>⑪</sup> 该法在坚持合法性审查原则的同时,规定行政行为“明显不当”的,法院可以判决撤销。虽然这一条只针对具体行政行为,并不直接适用于规范性文件的附带审查,但两者在原理上是相通的。既然明显不当的行政行为就是违法的行政行为,明显不当的规范性文件也可以说是违法的规范性文件,违法的规范性文件法院不应适用。最高人民法院行政庭编的一本司法解释读本也认为,规范性文件明显不当的,不能作为

<sup>⑦</sup> 例如,前注⑤,程琥文,第93页(以合法性审查为原则,合理性、适当性审查为例外);陈良刚:《规范性文件一并审查的范围、标准与强度:以方才女诉淳安县公安局治安行政处罚案为例》,载《法律适用》2017年第16期,第93页(“实质合法性审查”);姜明安:《行政诉讼法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第332页(对规范性文件“明显不当”也应审查);胡建森:《行政诉讼法学》,法律出版社2019年版,第596页(规范性文件“违反各类法治原则”也属违法);高家伟主编:《行政行为合法性审查类型化研究》,中国政法大学出版社2019年版,第474-475页(“规范性文件内容明显不当的,构成实质违法”)。

<sup>⑧</sup> 参见顾荣双诉上海市工商行政管理局普陀分局工商登记管理案,上海市第二中级人民法院(2003)沪二中行终308号行政判决书。《个人独资企业法》第8条第4项规定,设立个人独资企业除了要有固定的生产经营场所,还要有“必要的生产经营条件”。法院认为,主管部门规定浴池经营服务场所面积不小于1000平方米并不抵触法律规定,应予适用。

<sup>⑨</sup> 参见班志明诉贵州省贵定县公安局交通警察大队行政处罚案,贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2017)黔27行终6号行政判决书。法院认为,该低端限速40公里/小时并无不当。

<sup>⑩</sup> 参见李玲、黄莉玲:《6毛口罩卖1元被罚4万元后:“购销差价额超15%”的规定不再执行》,载《南方都市报》App2020年2月15日。

<sup>⑪</sup> 参见何海波:《论行政行为“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期;前注④,何海波书,第150-157页。

认定行政行为合法的依据。<sup>⑧2</sup>

理由之三是法院的审查权力。《行政诉讼法》和《中华人民共和国立法法》对此都没有明确规定,我们不妨比照规章的适用。早在1989年,王汉斌副委员长向全国人大解释《行政诉讼法》所规定的法院“参照”规章时表示,“对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章,法院可以有灵活处理的余地”<sup>⑧3</sup>。看来,立法者没有把审查标准严格限定于法律、行政法规的规定,而给予法院较大的裁量权。规章尚且如此,规范性文件自然更是不在话下。

理由之四是司法实践的先例。行政诉讼实践中,已有多多个此类例子。例如,在肖鹏诉广州市交通委员会小客车指标案中,原告小客车被盗,未能找回,被告以广州市人民政府办公厅印发的《广州市中小客车总量调控管理办法》相关规定为由,拒绝原告重新配置指标的申请。广州市铁路运输中级法院认为相关措施违反比例原则,对被盗车辆的车主构成不当限制。<sup>⑧4</sup> 如果只能以是否符合上位法为标准,这类判决无以合法。

综上所述,“明显不当”可以作为规范性文件合理性审查的标准。需要强调的是“明显不当”中的“明显”二字。最初渊源于大陆法、现在中国学界也耳熟能详的比例原则,没有突出“明显(不当)”这一要求,没有清晰定位司法与行政的关系,使用时应当谨慎。<sup>⑧5</sup> 与中国法上的“明显不当”更为接近的,可能是英国法上的温斯伯里原则(Wednesbury doctrine)和美国法上的谢弗朗原则(Chevron doctrine)。温斯伯里原则要求:行政机关裁量范围内的决定原则上不受法院干预;只有行政决定明显不合理(unreasonable),以至于任何一个理性的机构都不会如此行事,法院才可以干预。<sup>⑧6</sup> 谢弗朗原则的公式是:在制定法的含义不明确的情况下,行政机关的解释只要说得过去(reasonable),法院就应当适用。<sup>⑧7</sup> 这两个原则的尺度自有差异,但基本精神是一致的。回到中国,法院有权审查并应当积极审查规范性文件的合理性,但也要学会节制和尊让,不能以自己的判断代替制定机关的判断,原则上只拒绝适用明显不当的规范性文件。法律的精妙在于适度。

<sup>⑧2</sup> 参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第701页。

<sup>⑧3</sup> 王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》,第七届全国人民代表大会第二次会议,1989年3月28日。

<sup>⑧4</sup> 参见广州铁路运输中级法院(2017)粤71行终2203号行政判决书。法院判决后,广州市人民政府办公厅于次年修正的《广州市中小客车总量调控管理办法》(穗府办规〔2018〕11号)即规定,中小客车被盗抢后,车主可以直接申领指标。

<sup>⑧5</sup> 关于比例原则使用中的困惑,参见蒋红珍:《论比例原则:政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版,第5章“司法适用的困惑及其解决”。

<sup>⑧6</sup> See Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223. 更多讨论,参见前注<sup>⑧4</sup>,何海波书,第6章第1节“来自温斯伯里原则的告诫”。

<sup>⑧7</sup> See Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). 更多讨论,参见高秦伟:《政策形成与司法审查——美国谢弗林案之启示》,载《浙江学刊》2006年第6期;李洪雷:《规制国家中对行政解释的司法审查:以谢弗林判例为中心的考察》,载《规制研究》(第1辑),格致出版社、上海人民出版社2008年版。

## 结 语

长期以来,中国法学界投入大量精力讨论法律的合宪性审查。如果留心行政法的实践,便会发现,对规范性文件的合法性监督是现实中远为急迫的课题。目前法律确立的规范性文件附带审查是一个相当低微的制度,也是中国法治建设特定阶段的制度。它值得学界更多地研究。

虽然此前有过零星的事例,中国法院对规范性文件的审查还刚刚起步。我们能理解法官面临的种种现实困难,特别是由于司法权威的缺乏,行政诉讼的小马似乎拉不动规范性文件审查的大车。但如果法院面对违法的规范性文件畏缩不前、一味顺从,公平正义将无以彰显,监督行政将无从谈起。规范性文件审查今后的实施情况,从根本上有待于相关规则的完善和整个司法体制的改进,但也取决于具体情境中法官的知识、技巧和勇气。

本文的讨论基本上是在法律适用层面进行的,主要是对《行政诉讼法》及其司法解释的再解释,同时也关注规范性文件审查制度的改革和完善。例如,文章提出,原告只有“在对行政行为提起诉讼时”才可以申请附带审查,是不够的;规范性文件审查的程序上,法院必要时应当考虑提级管辖和跨区域管辖,欢迎检察机关参与;规范性文件审查标准有待完善,应增加“明显不当”标准。在这一点上,本文的写作回归了行政法学的规范传统,指向《行政诉讼法》及其司法解释的改进。在精细的实证研究基础上重新思考法律的未来,属于新时代的事业。

---

**Abstract:** Regulatory documents, or ‘normative documents’ by literal translation, play an important role in China’s administrative law. While suing a regulatory document is still not allowed, collateral review of regulatory documents on which a specific administrative act is based has been conformed with the amendment of *Administrative Litigation Law* in 2014. However, the effectiveness of the amendment is not satisfactory. In this article, the author argues that: (1) the court shall take the initiative to review the relevant documents, even if the plaintiff does not apply for such a review; (2) the court shall review the relevant provisions of any kind of regulatory documents, including those made by the Party organizations; (3) the court shall adopt a more deliberate process in reviewing, e.g., promoting the level of court jurisdiction and admitting more concerned parties into the process; (4) the court shall have the power to review the reasonableness of the document and disapply an obviously unreasonable one.

---

(责任编辑:吴 蕾)